

## TAR Lazio, sez. III quater, 27/8/2021 n. 9401

*Appalto integrato - divieto - sospensione ad opera del dl 32/2019 e del dl 76/2020 - Applicabilità - Qualificazione soa - disciplina applicabile - Soccorso istruttorio - finalità e ambito applicativo - Carezza del requisito di partecipazione - inapplicabilità*

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5421 del 2021, proposto da

OMISSIS S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato ....., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

....., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato ....., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento, previa sospensione,

- della deliberazione del Direttore Generale n 570 del 26 aprile 2021 che, in relazione alla "Procedura di gara negoziata per l'affidamento dei lavori di restauro e risanamento conservativo del padiglione 21 del complesso di Santa Maria della Pietà, da adibire a nuova sede del numero unico emergenze (NUE)", ha disposto l'esclusione della OMISSIS S.r.l. dalle successive fasi di gara, dichiarata conclusa senza esito la procedura ed approvato l'operato della Commissione di cui ai Verbali n 2 del 9 marzo 2021, n 3 del 16 marzo 2021 e n 4 del 31 marzo 2021

- della nota prot 67195 della ..... del 26 aprile 2021 con la quale si comunicava la detta esclusione;
- del Verbale della seduta riservata n 3 del 16 marzo 2021 e del Verbale n 4 del 31 marzo 2021;
- ove occorre possa, del Disciplinare di gara § 5, primo periodo, 7, secondo periodo, § 7.3, primo e terzo periodo e § 14, primo e secondo periodo, nonché del Disciplinare tutto, ove, possano essere interpretati in senso ostativo all'accoglimento del presente ricorso;
- ove occorre possa, dei chiarimenti eventualmente pubblicati, ove, possano essere interpretati in senso ostativo all'accoglimento del presente ricorso;
- di tutti gli atti presupposti, connessi e/o consequenziali ancorché non noti al ricorrente, ed in particolare, tra questi, ove medio tempore intervenuto, del provvedimento di aggiudicazione provvisoria e/o definitiva nonché del relativo contratto, ove stipulato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di .....

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 luglio 2021 la dott.ssa Francesca Ferrazzoli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

##### 1. Questi i fatti di causa.

A seguito di procedura di manifestazione di interesse e previo sorteggio dei 20 candidati da invitare, la ....., con Deliberazione n. 1029 del 20 novembre 2020 ha indetto la "Procedura di gara negoziata per l'affidamento dei lavori di restauro e risanamento conservativo del padiglione 21 del complesso di Santa

Maria della Pietà, da adibire a nuova sede del numero unico emergenze (NUE)” ai sensi degli artt. 63 D.Lgs. n. 50/2016 e 1, comma 3, lett. b), Legge n 120/2020.

Oggetto della procedura competitiva era un appalto integrato, comprensivo di progettazione esecutiva delle opere Architettoniche e degli Impianti ed esecuzione dei Lavori; l’importo a base di gara è stato fissato in € 2.435.505,46 IVA esclusa; il criterio di aggiudicazione prescelto è stato quello della “offerta economicamente più vantaggiosa”, individuata sulla base del miglior rapporto qualità prezzo, ai sensi dell’art. 1 della legge n.120/2020 e art. 95 del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

La OMISSIS è stata invitata alla procedura di gara unitamente agli altri 20 candidati sorteggiati ed è risultato l’unico operatore economico a presentare la propria offerta.

Nella seduta del 16 marzo 2021, la Commissione, procedendo alla valutazione dell’offerta tecnica dell’unico concorrente in gara, ha rilevato che gli elaborati tecnici prodotti erano privi di timbro professionale e sottoscrizione da parte di un tecnico abilitato. Presa visione del certificato SOA, ha constatato che l’impresa non risultava essere abilitata alla progettazione. Ha quindi ritenuto di non potersi procedere a valutazione tecnica dell’offerta, priva di un elemento essenziale.

Nella successiva seduta del 31 marzo 2021, la Commissione ha caricato sul Sistema Telematico Acquisiti della Regione Lazio la determinazione di esclusione del concorrente dalla gara, al fine di poter chiudere la fase di esame dell’offerta tecnica sulla piattaforma telematica, secondo le funzionalità proprie di tale piattaforma, salvo rimettere all’Amministrazione i successivi formali provvedimenti.

Quindi, con la Deliberazione del Direttore Generale n. 570 del 26 aprile 2021, la ....., su proposta del Responsabile Unico del Procedimento, ha approvato l’operato della Commissione di gara e disposto l’esclusione della OMISSIS per le ragioni indicate nel verbale del 16 marzo 2021 e ha dichiarato conclusa senza esito positivo la procedura in esame.

Con ricorso, notificato in data 20 maggio 2021, la OMISSIS ha chiesto: l’annullamento previa sospensione degli effetti della predetta deliberazione; la “declaratoria del diritto della ricorrente ad essere ammessa alle successive fasi di gara nonché di subentro nell’aggiudicazione nelle more eventualmente intervenute e nell’esecuzione della fornitura nonché di inefficacia del contratto di affidamento, se stipulato nelle more, e per l’adozione dei provvedimenti di cui agli artt. 121, 122 e 123 c.p.a.”; la “condanna dell’Ente intimato a risarcire il danno cagionato alla ricorrente in forma specifica, mediante riammissione alla procedura e se del caso aggiudicazione, proponendosi sin d’ora anche la subordinata richiesta di risarcimento per equivalente nella misura che sarà determinata in corso di causa”.

A sostegno della propria domanda ha articolato le censure che possono essere così sintetizzate:

- il provvedimento di esclusione sarebbe illegittimo per incompetenza, in quanto adottato dalla Commissione di gara in luogo del Responsabile Unico del Procedimento;

- la lex specialis non avrebbe in alcun modo previsto che l'offerta tecnica dovesse essere firmata da un professionista abilitato;

- la lex specialis di gara non avrebbe neppure richiesto, quale requisito di partecipazione, il possesso dell'attestato SOA per le Categorie e Classifiche indicate nel Disciplinare anche per l'attività di progettazione;

- la predisposizione di clausole poco chiare in ordine ai requisiti di partecipazione avrebbe determinato la violazione sia del principio di massima partecipazione che di quello di tassatività delle cause di esclusione.

Si è costituita l'amministrazione, contestando tutto quanto ex adverso dedotto perché infondato in fatto ed in diritto e concludendo per la reiezione del ricorso.

All'udienza del 20 luglio 2021 la causa è stata introitata per la decisione.

2. Il ricorso è infondato e deve essere respinto per le ragioni che si vengono ad illustrare.

3. Preliminarmente, si ritiene opportuno procedere all'esatta individuazione delle norme che regolano la procedura de qua.

Rileva in particolare, ai fini che occupano, l'art. 59 comma 1 bis del D.lgs. n. 50/2016 che disciplina il c.d. "appalto integrato".

La norma testualmente prescrive che: "Le stazioni appaltanti possono ricorrere all'affidamento della progettazione esecutiva e all'esecuzione di lavori sulla base del progetto definitivo dell'amministrazione aggiudicatrice nei casi in cui l'elemento tecnologico o innovativo delle opere oggetto dell'appalto sia nettamente prevalente rispetto all'importo complessivo dei lavori. I requisiti minimi per lo svolgimento della progettazione oggetto del contratto sono previsti nei documenti di gara nel rispetto del presente codice e del regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies; detti requisiti sono posseduti dalle imprese attestare per prestazioni di sola costruzione attraverso un progettista raggruppato o indicato in sede di offerta, in grado di dimostrarli, scelto tra i soggetti di cui all'articolo 46, comma 1; le imprese attestare per prestazioni di progettazione e costruzione documentano i requisiti per lo svolgimento della progettazione esecutiva laddove i predetti requisiti non siano dimostrati dal proprio staff di progettazione".

Detta modalità di appalto si caratterizza, quindi, per il contributo di idee nelle soluzioni progettuali da parte dell'appaltatore. Tuttavia, tale contributo deve avvenire nel rispetto dei profili strutturali e morfologici

dell'opera pubblica delineata nelle linee essenziali nel progetto preliminare posto a base di gara. Pertanto, il progetto esecutivo predisposto dall'appaltatore non deve costituire un aliud, cioè un progetto differente, rispetto a quello posto a base di gara (cfr. C. di St. n. 5388/2018).

Il Codice dei Contratti Pubblici nella sua formulazione originaria, poneva un generalizzato divieto di appalto integrato, ossia l'affidamento congiunto della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori, salvo determinati casi in cui era possibile farvi ricorso. Con il tempo, il Legislatore è intervenuto a modificare questa originaria impostazione, derogando all'iniziale limitazione ed in particolare: con il decreto c.d. "sblocca cantieri" del 2019 (D.L. n. 32/2019 art. 1 comma 1 lett. b) tale divieto è stato sospeso fino al 31 dicembre 2020 al fine di rilanciare gli investimenti pubblici e facilitare l'apertura dei cantieri per la realizzazione delle opere pubbliche; con il successivo decreto semplificazioni (D.L. n. 76/2020) ha esteso la sospensione del divieto di appalto integrato fino al 31 dicembre 2021.

Ad oggi, quindi, tanto le Stazioni Appaltanti quanto gli operatori economici possono fare uso di questo istituto giuridico che consente di affidare congiuntamente l'ultimo livello progettuale con la fase realizzativa.

Orbene, nella fattispecie all'esame del Collegio, l'Amministrazione ha inteso bandire una gara per un appalto integrato, come si evince chiaramente non solo dal tenore della lex specialis (ed in particolare dalle norme che esplicitano l'oggetto della procedura di gara), ma anche dei chiarimenti resi in corso di gara.

In particolare, con il chiarimento n. 1 la stazione appaltante ha precisato: "Non vengono indicati i requisiti dei soggetti titolari della progettazione esecutiva, in quanto nell'appalto integrato i requisiti richiesti al progettista (e quindi all'impresa oppure ai progettisti indicati o associati) sono quelli previsti dalla normativa in materia e, in particolare, dal Capo IV, art.92 – DPR n.207/2010. La regola generale, emergente dal complesso normativo tuttora in vigore, è che l'indicazione dei progettisti costituisce una circostanza alternativa al possesso, in capo alla stessa impresa concorrente, delle capacità tecniche in materia. Pertanto, i soggetti in possesso della qualificazione come appaltatori integrati, proprio perché hanno già dato prova di possedere le richieste capacità progettuali, non devono ulteriormente indicare in sede di offerta i nominativi dei tecnici ed i loro requisiti di qualificazione, onere che invece permane unicamente in capo a quelle imprese qualificate per la sola costruzione dell'opera che partecipino ad una gara di appalto integrato. Se la progettazione è svolta con personale facente parte dell'esecutore dei lavori allora è «sufficiente il possesso dell'attestazione SOA per la prestazione di progettazione e di costruzione che individua nello staff tecnico del concorrente le professionalità idonee all'affidamento dei livelli di progettazione richiesti, senza che sia necessario che vengano indicati i nominativi dei professionisti e le referenze di ciascuno di essi; è, in tal caso, fatta salva, a fini diversi dalla partecipazione alla gara per l'affidamento di un appalto integrato, la responsabilità professionale dei soggetti che risultino firmatari a qualsiasi titolo della progettazione»".

4. Ciò doverosamente precisato, è possibile procedere con lo scrutinio dei motivi di ricorso.

5. Con la prima censura, viene dedotta l'illegittimità del provvedimento di esclusione per incompetenza per essere stato assunto dalla Commissione di gara in luogo del Responsabile Unico del Procedimento.

La censura è destituita di fondamento.

Sul punto è sufficiente osservare che, in realtà, seppure è stata caricata dalla Commissione sul Sistema Telematico Acquisiti della Regione Lazio la determinazione di esclusione del concorrente dalla gara in data 31 marzo, il successivo 26 aprile è stata adottata la Deliberazione del Direttore Generale n. 570, su proposta del Responsabile Unico del Procedimento che ha approvato l'operato della Commissione e l'esclusione della ricorrente.

6. Con il secondo ed il terzo motivo, che per comunanza delle censure possono essere esaminati congiuntamente, la OMISSIS S.r.l. asserisce che la lex specialis non prevedeva a pena di esclusione la sottoscrizione del progetto da parte del professionista abilitato, e neppure richiedeva, quale requisito di partecipazione, il possesso dell'attestato SOA per le Categorie e Classifiche indicate nel Disciplinare anche per l'attività di progettazione.

Anche queste doglianze non possono trovare accoglimento.

Invero, nel verbale n. 3 del 16 marzo 2021, si legge testualmente che: "La Commissione rileva, all'esame degli elaborati tecnici prodotti dal concorrente in sede di offerta tecnica, che gli stessi risultano privi di timbro professionale e sottoscrizione da parte di un tecnico abilitato. Richiesta inoltre la visione del certificato SOA emerge che l'impresa concorrente non risulta essere abilitata alla progettazione. La Commissione rileva che tale mancanza priva l'offerta di qualsivoglia rilevanza giuridica e, nella mancanza di un elemento essenziale, essa debba essere ritenuta inammissibile e quindi non potersi procedere a valutazione tecnica".

E' quindi evidente che, in disparte la circostanza relativa alla mancata sottoscrizione del progetto da parte di un professionista abilitato, l'esclusione della ricorrente è comunque dipesa dalla mancanza intrinseca del requisito tecnico professionale indispensabile per la partecipazione alla gara, non essendo la OMISSIS qualificata per la progettazione e non avendo associato o indicato nella domanda di partecipazione un progettista qualificato ad integrazione del requisito mancante.

Orbene, il possesso dell'attestato SOA risulta prescritto dalle norme che regolano l'appalto integrato, ed in particolare dall'art. 59 comma 1 bis del D.lgs. n. 50/2016 che, come visto, prescrive che: "I requisiti minimi per lo svolgimento della progettazione oggetto del contratto sono previsti nei documenti di gara nel rispetto del presente codice e del regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies; detti requisiti sono posseduti dalle imprese attestare per prestazioni di sola costruzione attraverso un progettista raggruppato o indicato in sede di offerta, in grado di dimostrarli, scelto tra i soggetti di cui all'articolo 46, comma 1; le imprese attestare per prestazioni di progettazione e costruzione documentano i requisiti per lo svolgimento della progettazione esecutiva laddove i predetti requisiti non siano dimostrati dal proprio staff di progettazione".

Peraltro, ogni dubbio in ordine alla qualificazione dell'appalto de quo come "appalto integrato" e in ordine alla necessità del possesso della certificazione SOA è stato fugato con i chiarimenti forniti dalla stazione appaltante ai concorrenti antecedentemente alla presentazione dell'offerta, che indicavano espressamente:

“La regola generale, emergente dal complesso normativo tuttora in vigore, è che l’indicazione dei progettisti costituisce una circostanza alternativa al possesso, in capo alla stessa impresa concorrente, delle capacità tecniche in materia. Pertanto, i soggetti in possesso della qualificazione come appaltatori integrati, proprio perché hanno già dato prova di possedere le richieste capacità progettuali, non devono ulteriormente indicare in sede di offerta i nominativi dei tecnici ed i loro requisiti di qualificazione, onere che invece permane unicamente in capo a quelle imprese qualificate per la sola costruzione dell’opera che partecipino ad una gara di appalto integrato”.

Né può essere legittimamente invocato dalla OMISSIS il ricorso al soccorso istruttorio.

Invero, secondo orientamento giurisprudenziale granitico, il cd. soccorso istruttorio è un istituto volto solo a chiarire e a completare dichiarazioni o documenti comunque esistenti ed efficaci e non è, quindi, applicabile quando, in sede di gara, si sia accertata la sostanziale carenza di un requisito essenziale per la partecipazione (in tal senso, ex plurimis: TAR Roma n. 1841/2021). Né consente all’offerente di formare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione delle offerte (ex multis: TAR Napoli n. 832/2021).

Orbene, nel caso di specie è ravvisabile in capo alla ricorrente la totale mancanza del requisito per la partecipazione alla gara, risultante proprio dalla documentazione prodotta dalla stessa, consistente nel certificato SOA dal quale risultava, alla data di presentazione dell’offerta, la mancanza del requisito tecnico professionale dell’abilitazione ai servizi di progettazione, indispensabile per la partecipazione alla gara finalizzata all’affidamento dell’appalto integrato.

Pertanto, la situazione concreta in cui si è venuta a trovare l’odierna ricorrente - priva del requisito tecnico professionale per la partecipazione alla gara - esclude che nella fattispecie potesse darsi luogo al soccorso istruttorio, non potendo il ricorrente in alcun modo integrare o modificare le risultanze del certificato di qualificazione già prodotto e comprovante la carenza del requisito tecnico professionale per la partecipazione alla gara, né modificare la domanda con l’indicazione oltre i termine di presentazione dell’offerta del nominativo di un progettista abilitato.

7. Con l’ultima censura, viene dedotta la violazione del principio di massima partecipazione nonché del principio di tassatività delle cause di esclusione e, comunque, delle regole basilari dell’ermeneutica della lex specialis di gara.

Anche questo motivo è infondato.

Invero, la lex specialis di gara – integrata con i chiarimenti resi dalla stazione appaltante precedentemente alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte, che espressamente richiamavano l’art. 59 comma 1 bis del D.lgs. n. 50/2016 - delineava in modo trasparente l’affidamento di un appalto integrato di progettazione ed esecuzione dei lavori.

La normativa sull'appalto integrato è chiara in ordine ai requisiti che deve possedere l'operatore e alla necessità di associare o indicare un progettista in mancanza dell'attestazione SOA per la progettazione.

Peraltro, il bando di gara non poteva essere considerato l'unica ed esclusiva fonte per la previsione e la disciplina dei requisiti di partecipazione alla procedura selettiva, non potendo esso prescindere dalle fonti esterne che, rispetto al bando stesso, in quanto disposizioni di legge, devono considerarsi prevalenti o, comunque, integrative (ex multis C. di St. n. 3699/2017)

In particolare, secondo consolidato orientamento giurisprudenziale, "la cd. etero-integrazione del bando di gara va intesa nel senso che, pur in assenza di qualsivoglia richiamo alle disposizioni di legge, le cause di esclusione, se esistenti, devono trovare applicazione, con conseguente contemperamento di detto meccanismo con il principio, di derivazione comunitaria, dell'affidamento. Ne discende che, limitatamente alla verifica dei requisiti di partecipazione, il principio di esclusività del bando subisce una rilevante attenuazione, non potendo essere considerato l'unica ed esclusiva fonte per la previsione e la disciplina dei requisiti di partecipazione ad una procedura selettiva e non potendo esso prescindere dalle fonti esterne che, rispetto al bando stesso, in quanto disposizioni di legge, devono considerarsi prevalenti o, comunque, integrative" (cfr. TAR Salerno n. 482/2019).

8. In conclusione, per le ragioni sopra esposte, il ricorso è infondato e deve essere respinto.

9. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la parte ricorrente al pagamento delle spese di lite in favore della ....., che forfetariamente liquida in euro 2.500,00 (duemilacinquecento/00) oltre accessori di legge se dovuti.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 luglio 2021 tenutasi in videoconferenza, secondo quanto disposto dall'art. 4 D.L. n. 28/2020 e dall'art. 25 D.L. n. 137/2020 con l'intervento dei magistrati:

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

IL SEGRETARIO